

André Fernandes Estevez
Marcio Felix Jobim
Organizadores

Estudos de
**DIREITO
EMPRESARIAL**

Homenagem aos 50 anos de docência do
PROFESSOR PETER WALTER ASHTON

2012



**Editora
Saraiva**

a desconsideração da pessoa jurídica e a falência

Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

1. Tema que tem suscitado o maior interesse, na doutrina e na jurisprudência, diz com a desconsideração da pessoa jurídica, o que decorre em parte do acréscimo da insolvência empresarial, a justificar a natural tendência de o sistema jurídico preservar o interesse do credor, buscando novos caminhos e medidas eficazes para esse fim. A experiência judicial norte-americana e o trabalho sistematizador de Serick¹ auxiliaram na propagação da ideia, que hoje se amplia no nosso país, e a respeito da qual já tive oportunidade de me manifestar em outras sedes.

2. Sabe-se que a pessoa jurídica tem a função de criar um centro de interesses autônomo em relação às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não podem ser imputadas as condutas, os direitos e as obrigações daquela. Ela tem a função social e econômica de permitir a reunião de capitais e de esforços para organizadamente criar riquezas e prestar serviços, ao mesmo tempo em que limita os riscos empresariais. Quando essa finalidade for desviada, surge a necessidade da sua desconsideração. O fundamento dessa medida excepcional está em que, o mesmo Estado autorizador da criação do novo ente, pode desconsiderá-lo, se utilizado para outros fins que não os lícitos que justificaram a sua criação.

* Ministro do STJ aposentado. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor. Advogado.

1 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Barcelona: Ariel, 1958. 374 p.

3. A desconsideração da pessoa jurídica está prevista no art. 50 do Código Civil de 2002:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

4. Fundamentar a desconsideração da pessoa jurídica no abuso do direito remonta a Serick², que adotou uma posição subjetivista e classificou as ocorrências mais frequentes em: fraude à lei, fraude ou violação do contrato, fraude contra terceiros e fraude nas relações entre sociedade controladora e controlada³. Segundo Serick, citado por Dobson, "cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla a una disposición legal, a una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros, existe abuso de la personalidad jurídica"⁴.

Hoje, na Alemanha, a orientação predominante é a seguinte:

Os tribunais reconhecem três constelações de casos em que pode se dar a d.p.j.: a confusão de esferas (não se respeita a separação patrimonial se os próprios sócios não a reconhecem); o controle de uma sociedade (com abuso, para atender aos interesses da outra pessoa); a subcapitalização⁵.

Pode-se dizer que todas essas situações são reconhecíveis no direito brasileiro.

5. No nosso Código Civil, manteve-se o fundamento no abuso de direito, mas atendendo a uma orientação objetivista, preconizada entre nós pelo Professor Fábio Konder Comparato, que inspirou a redação da emenda que a final foi incorporada ao texto do novo Código Civil. "A

2 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona: Ariel, 1958. 374 p.

3 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona: Ariel, 1958. p. 123.

4 DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica*: en el derecho privado. Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 19.

5 SILVA, Elaine Ramos. Desconsideração da pessoa jurídica de sociedades comerciais: uma análise comparativa dos sistemas brasileiro e alemão. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 22, p. 147-148, set. 2002.

d.p.j. é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito”⁶.

Nos termos do art. 50 do Código Civil de 2002, o abuso significa ir além do permitido na lei, o que pode acontecer mediante o desvio da finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios.

No caso do abuso por desvio de finalidade, a personificação existe para um fim ilícito, como acontece quando a atividade da pessoa jurídica é em si lícita, mas seria ilícita se exercida pelo sócio. Exemplo dessa situação surge, quando os sócios, proibidos de certa atividade, passam a exercê-la através da pessoa jurídica, que não estaria alcançada pela proibição. Ou seja, a pessoa jurídica é usada para encobrir a ilicitude da ação dos sócios.

A confusão patrimonial se caracteriza, quando não se puder distinguir os patrimônios da pessoa jurídica e de seus sócios, com isso desaparecendo a razão de se preservar o patrimônio dos sócios pelas obrigações da companhia, cuja personificação também aqui é mantida para encobrir o ilícito. Nesse caso, o administrador usa do seu poder na sociedade a fim de obter benefício ilícito próprio ou de terceiro; a sociedade controladora abusa da sua posição para benefício próprio ou de outra controlada, em prejuízo da sociedade atingida.

6. Essas situações autorizam a d.p.j., se não for caso de responsabilização direta⁷, uma vez que “não se pode confundir a responsabilidade direta, solidária ou subsidiária, dos sócios e administradores, com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica”⁸.

Advertiu o Professor Juan Dobson, – o primeiro no nosso continente a examinar o tema com exemplar proficiência – que não se deve confundir

6 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356.

7 Art. 117 e art. 158 da Lei das S.A.; arts. 991, 1.016, 1.039, 1.045 e 1.070 do Código Civil; art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho; art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; art. 18 da Lei n. 8.884/94, sobre a ordem econômica; arts. 124 e 135 do Código Tributário Nacional; art. 4º da Lei n. 9.605/98, sobre o meio ambiente.

8 ROSSETTI, Maristela SabbagAbla. Análise da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à sociedade anônima. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARA-GÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Sociedade anônima: 30 anos da Lei n. 6.404/76*. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 418.

desconsideração da limitação de responsabilidade com a desconsideração de personalidade jurídica. Ao aplicar aos sócios com responsabilidade limitada os princípios da ilimitação da responsabilidade “solamente se estará desestimando la limitación de la responsabilidad”⁹.

As pessoas têm o direito de instituir uma pessoa jurídica e, também, têm o direito de limitar a sua responsabilidade nessas relações: o abuso pode ser de qualquer um desses direitos, mas cada um deles tem natureza e fundamentos diversos. Aqui nos interessa apenas o primeiro desses abusos, assim como definido no art. 50 do Código Civil, pois, “quando a imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar da desconsideração de sua autonomia”¹⁰.

A transferência de bens da sociedade para o sócio, ou vice-versa, é, em princípio, um ato válido. Será inválido se praticado com simulação ou fraude, e sua invalidade poderá ser obtida pelos meios processuais comuns. Subsidiariamente, se a personificação serviu de instrumento para causar prejuízo aos credores, será cabível a d.p.j. “Não se pode entender por confusão patrimonial, enquanto critério de aplicabilidade da desconsideração, por exemplo, a mera transferência de bens do sócio para a sociedade, ou vice-versa. Nessas hipóteses, caracterizada estará a ocorrência de simulação ou fraude, seja contra credores, seja contra o processo executório, jamais abuso da estrutura formal da pessoa jurídica”¹¹.

A desconsideração da personalidade jurídica tem natureza jurídica autônoma da teoria dos vícios do ato jurídico, pois se refere “a uma técnica jurídica específica para a declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica apenas para certos aspectos do caso em concreto”¹². Nessa lição estão mencionados dois aspectos relevantes: a desconsideração apenas afasta a pessoa jurídica para reconhecer a ineficácia dos atos praticados com abuso, e sempre para situações concretas, atendendo a peculiaridade

9 DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica: en el derecho privado*. Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 3.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 142.

11 CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 54.

12 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Personalidade jurídica: desconsideração no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 344, p. 75, jun. 2006.

de cada relação. Isso porque “outra característica do método da desconsideração é seu caráter casuístico”¹³.

O Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto explicou os limites da aplicação da teoria da d.p.j, que não se ajusta à simples prática de atos ilícitos pela sociedade, pois que aplicável somente “quando haja desvio da sua função econômico-social, isto é, da causa do seu nascimento, do papel que a pessoa jurídica deve preencher e que justificou sua criação para atuar à semelhança de uma pessoa natural. [...] Não devem ser tomadas como de desconsideração as hipóteses em que o mau uso da pessoa jurídica decorre de vício do negócio jurídico, que conduz à aplicação das normas gerais de anulação – ou, mais precisamente, de sua ineficácia – por simulação, por fraude a credores e assim por diante”¹⁴.

7. Embora a elaboração legislativa e sua inclinação pela solução objetiva, que permite uma aplicação mais extensiva da teoria, a verdade é que a predominante construção doutrinária no país endereçou-se pela aceitação dos pressupostos subjetivos, isto é, a desconsideração é permitida quando presente o abuso da pessoa jurídica para fraudar os interesses dos credores.

Ainda hoje, repassando as lições dos doutores e a jurisprudência dos tribunais, é presente a referência à fraude. A começar pela conferência do Professor Rubens Requião, que introduziu o tema no Brasil: “A doutrina da d.p.j., para impedir a fraude e o abuso do direito, está, como vimos, consagrada na jurisprudência de diversos países, cuja cultura jurídica sempre influiu e inspirou os nossos juristas. É concebível pois que a *disregard doctrine* tenha reflexos em nosso direito, ou com ele seja compatível e aplicável”¹⁵.

Mais recentemente, o Professor Fábio Ulhoa Coelho, que distingue entre teoria maior e teoria menor, tratou da questão, e sua clara explicação merece ser transcrita: “Há, no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da

13 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 203.

14 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 29 e p. 33.

15 REQUIÃO, Rubens. Sociedades comerciais: abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica: *disregard doctrine*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 803, p. 760, set. 2002.

autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao gerente etc.). Ela será chamada, aqui, de *teoria maior*. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da *teoria menor*, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica¹⁶.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no livro em homenagem ao Professor Moreira Alves, concluiu: "A meu sentir, no plano doutrinário, a d.p.j. cabe quando houver a configuração de abuso ou manipulação fraudulenta do princípio da separação patrimonial entre a sociedade e seus membros"¹⁷.

Na avaliação do jurista Hélio da Silva Nunes, a doutrina admite, "em sua maioria, que somente nas hipóteses de abuso de direito ou fraude na funcionalidade da pessoa jurídica será justificável a d.p.j. do ente social, e de maneira apenas episódica, sem extingui-lo"¹⁸.

O Professor Gustavo Tepedino chegou à mesma conclusão: jurisprudência e doutrina brasileiras "adotaram a teoria subjetiva, no sentido de estabelecer rígidos parâmetros para a incidência da desconsideração, a fim de que ela, que surgiu para aperfeiçoar o sistema jurídico, não venha a tornar-se prejudicial a ele"¹⁹.

16 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2, p. 3.

17 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

18 NUNES, Hélio da Silva. A "*disregard doctrine*": a extensão da falência e extensão dos efeitos da falência. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 39, n. 120, p. 29, out./dez. 2000.

19 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 59, abr./jun. 2007.

8. Na jurisprudência, a menção aos elementos de fraude e prejuízo aos credores é uma constante: (a) "Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a teoria da desconconsideração da pessoa jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados"²⁰. (b) "Detectada a fraude na dação de bens em pagamento, esvaziando o patrimônio empresarial em prejuízo da massa falida, pode o julgador decretar a desconconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, facultado aos prejudicados oferecerem defesa perante o mesmo juízo"²¹. (c) "Assim, estou me pondo de acordo com os que admitem a aplicação da doutrina da desconconsideração, para julgar ineficaz a personificação societária sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros"²². (d) "Está correta a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima falida quando utilizada por sócios controladores, diretores e ex-diretores para fraudar credores"²³.

9. No que diz com a falência, a extensão da responsabilidade aos sócios, administradores ou controladores pelas dívidas da pessoa jurídica falida está prevista no art. 82 da Lei n. 11.101/2005, com a seguinte redação:

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no CPC.

A declaração de ineficácia dos atos praticados contra o interesse da massa falida poderá ser obtida nos termos dos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101/2005. O art. 129 dispõe sobre os atos onerosos praticados no termo legal, ou os gratuitos, nos dois anos anteriores à quebra; o art. 130 regula os casos de fraude para prejudicar credores.

Informa o Professor Penalva Santos²⁴ que o anteprojeto de lei de Trajano de Miranda Valverde continha regra, depois suprimida, que autorizaria a desconconsideração:

20 REsp 211.619/SP, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

21 REsp 418.385/SP, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.

22 Voto do signatário no REsp 86.502/SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

23 REsp 370.068/GO, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi.

24 SANTOS, J. A. Penalva. A aplicação do princípio da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: novos aspectos, estudos em homenagem ao professor Arnaldo Wald*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 64.

Art. 6º. [...] § 3º: Pela forma prevista no parágrafo anterior, será apurada a responsabilidade solidária e ilimitada dos diretores das sociedades anônimas ou gerentes das sociedades por quotas estabelecidas nas respectivas leis, ou quando houver prova de que eles, sob a aparência da sociedade, usaram ou dispuseram de bens sociais, como se fossem seus.

A última parte da norma projetada (que o próprio Trajano de Miranda Valverde definia como “uma inovação, destinada a coibir os abusos das sociedades anônimas aparentes”²⁵) previa hipótese objetiva de d.p.j., por confusão patrimonial.

10. A falta de regra expressa no regime falencial não impede a d.p.j. da falida para estender, aos bens particulares dos administradores ou dos sócios, os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais assumidas pela falida. Essa extensão se dá com efeitos meramente patrimoniais, isto é, em princípio, os sócios e administradores não têm sua falência decretada com a desconsideração, o que acontece nos casos do art. 81 da Lei n. 11.101/2005²⁶.

No sistema hoje em vigor, para a d.p.j. (não incidindo o art. 81), é indispensável a indicação de “certas e determinadas relações de obrigações” (art. 50 do Código Civil), que justifiquem o decreto, quer dizer, que caracterizem o abuso. Uma vez afastada a personificação da falida, o efeito dessa decisão atingirá aquilo que, no patrimônio do sócio ou do administrador, é consequência daquelas relações obrigacionais que caracterizaram o desvio ou a confusão.

11. Segundo lúcida observação do Professor Calixto Salomão Filho: tende a desaparecer a tensão entre a d.p.j. e o processo falimentar, uma vez que tal medida no processo de recuperação facilitará efetivamente o saneamento da empresa, desonerando-a de dívidas²⁷.

12. Faço essas observações para evidenciar que a desconsideração da pessoa jurídica (embora seja ainda hoje um instituto a exigir aprofundamento do seu estudo para perfeita compreensão, quanto a requisitos,

25 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 119.

26 No REsp 63.652/SP, o STJ estendeu o decreto de falência, mas se tratava de apenas uma pessoa jurídica, com duas razões sociais.

27 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 439, nota 10.

finalidade, procedimento e efeitos), já se pode agora dizer, se trata de uma medida judicial com as seguintes características:

(i) É *subsidiária*, pois não se desconsidera a pessoa jurídica se os bens dos sócios podem ser atingidos por extensão da responsabilidade patrimonial, como acontece com os administradores que tenham agido com culpa no desempenho de suas funções (art. 1.016 do Código Civil).

(ii) É medida *excepcional*, porquanto a regra é admitir-se a separação dos patrimônios, com limitação à pessoa jurídica da responsabilidade pelas suas dívidas.

(iii) Não implica a *despersonalização* da pessoa jurídica, que não se extingue, mas apenas permite o seu afastamento para apanhar o patrimônio do sócio ou do administrador: "Não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de a tornar ineficaz para determinados atos"²⁸.

(iv) Na falência, a desconsideração da falida autoriza a constrição dos bens dos sócios e administradores, mas não acarreta a falência destes, que apenas sofrem os *efeitos* da execução das dívidas sobre o seu patrimônio. A extensão não apenas dos efeitos, mas da própria falência aos sócios, é hipótese regulada no art. 81 da LF, mas aí não se cuida de d.p.j.

(v) Tem como *pressupostos* o abuso da personalidade jurídica, que se verifica com o desvio da sua finalidade ou a confusão patrimonial, entendendo-se que nessas hipóteses há uma disfunção social.

(vi) Em qualquer dos casos, a pessoa jurídica que se desconsidera deve ter sido utilizada para causar *prejuízo* aos credores.

(vii) A *fraude* contra credores é um componente importante para a verificação do abuso, e assim tem sido mencionado nos julgados antes transcritos.

(viii) A fraude é um fato que sempre depende de *prova*. Tratando-se de desconsideração, a unanimidade da doutrina recomenda rigor na verificação da existência desse fato.

(ix) A desconsideração tem o efeito de permitir a *extensão dos efeitos* da execução da dívida (em processo executivo ou na falência) *a quem não é parte* na execução ou na falência.

28 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 239, n. 211.

(x) Esse efeito sobre o patrimônio de terceiros alheios ao processo não depende da propositura de *ação autônoma*, dadas as características da situação vivenciada nos autos e a urgência de medidas protetivas, mas não dispensa a intimação dos sócios ou administradores que serão afetados com a desconsideração.

(xi) Essa intimação é uma exigência dos princípios do *contraditório e da ampla defesa*.

(xii) Para o decreto de desconsideração, é indispensável a expressa indicação das *certas e determinadas relações* obrigacionais cujos efeitos serão estendidos aos sócios ou administradores. É o que decorre do texto do Código Civil: pode o juiz decidir "que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

(xiii) Por último, fica o registro da ponderada recomendação do Professor J. A. Penalva Santos: "A teoria da d.p.j. sofre sérias limitações, por isso deve ser aplicada *cum grano salis*, segundo advertência dos mais conhecidos juristas, inclusive no caso da sociedade unipessoal"²⁹.

13. A lei não delimita o tempo para a desestimação da pessoa jurídica.

Porém, é imperativo da boa razão entender que a medida somente pode ser adotada quando o direito ou a pretensão que se quer proteger ainda não tenham sofrido *decadência* ou *prescrição*, quando a d.p.j. ainda seja útil ao direito prejudicado pelo abuso.

14. Na verdade, não cabe desconsiderar a pessoa jurídica pela prática de ato fraudulento para a proteção de um crédito a respeito do qual já tenha ocorrido a prescrição da pretensão.

É o que aconteceria no caso de a ação de cobrança ter sua pretensão prescrita, a inviabilizar a propositura da ação de cobrança. O credor cuja inércia permitiu que seu crédito chegasse à prescrição, não tem: (i) ação de cobrança para obter o adimplemento do contrato ou executar o seu crédito; (ii) ação de anulação por fraude contra os credores, na precisa lição de

29 SANTOS, J. A. Penalva. A aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: novos aspectos, estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 64.

Pontes de Miranda: "A ação de anulação nasce ao titular do crédito prejudicado. Nesse sentido, o direito a pedir a anulação é acessório do direito de crédito. Se a pretensão, que desse se irradia, prescreve, prescreve a daquele (art. 167), ainda que se não haja atingido o dia final do prazo do art. 178, § 9º, V, b (quatro anos para anular contrato). [...] Extinto cada um dos créditos, extinta está a ação de anulação que tinha o titular do crédito ora extinto"³⁰; (iii) não tem, igualmente, interesse jurídico em pleitear a desconsideração da pessoa jurídica, alegando abuso da personificação, pois carece de pretensão contra o devedor. Nessa medida, a d.p.j. é também acessória do crédito; é medida útil para o resguardo de direitos ainda executáveis, mas não cabe como instrumento para reviver o que já não tem mais como ser satisfeito em juízo. O certo é que a desconsideração não é instrumento para alcançar ao credor uma posição que ele já perdera quando encerrado o prazo de prescrição.

Aliás, a prescrição tem muitas consequências no âmbito do direito falimentar, inclusive para a definição do termo legal, pois o encobrimento da pretensão do crédito expresso em título protestado impede seja aquele ato considerado para o fim da definição do termo legal³¹.

15. O mesmo impedimento surge com a extinção do direito para anulação ou revogação do negócio jurídico.

Se o que se alega é a fraude contra o crédito, essa causa de invalidade enseja uma providência judicial dentro de um tempo certo. Encerrado o período, não pode o juiz reconhecer a existência da fraude. E isso tanto para o direito comum, como para o direito falencial. O tempo é um só, e inexorável o seu efeito extintivo.

Impende atentar para a regra do art. 50 do Código Civil: não são todas, mas apenas certas e determinadas relações de obrigações é que

30 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1953. t. 4, p. 420 e p. 482.

31 "Mesmo assim, tal prazo (o do termo legal) evidentemente não poderia exceder o prazo de prescrição do título protestado. Se o objetivo é proteger os credores da massa, merecem tutela aqueles credores cuja pretensão ainda se mantenha operante, não os credores que o tenham sido em tempos prístinos" (CARNEIRO, Athos Gusmão. Falência – Fixação teratogênica de seu termo legal – Ação revocatória – Artigo 52, VII e VIII da Lei Falencial – Artigo 215 da LRP. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 67, jan./fev. 2002).

podem ser estendidas aos bens particulares dos sócios ou administradores. Essas relações obrigacionais que permitiram a desconsideração da pessoa jurídica devem ser certas e determinadas, e entre suas determinações se encontra a data em que celebrados os negócios que caracterizaram o abuso da pessoa jurídica.

16. Logo, a d.p.j., para ser útil socialmente e cabível juridicamente, capaz de satisfazer ao interesse do credor, somente pode ser decretada quando: a) a pretensão do crédito não esteja prescrita; e b) o direito de impugnar os atos que autorizam a d.p.j. não se tenha extinto pela decadência.

Se a d.p.j. for adotada para resguardo de crédito prescrito, trata-se de ato inútil, que não poderá satisfazer ao interesse do credor, uma vez que este já não tem pretensão. Se a d.p.j. é decretada pela prática de atos cuja impugnação não pode mais ser apresentada, nos termos da lei civil ou da falencial, pela decadência do direito de obter-se a anulação dos negócios contra os credores, tal medida esbarra na consolidação de uma situação jurídica inatacável pelo fato da fraude.

Por isso, tenho que a possibilidade de d.p.j., por requerimento da parte, ou por iniciativa judicial, extingue-se depois de vencidos os lapsos de tempo relativos à prescrição da pretensão de crédito ou à decadência do direito de decreto da invalidade ou da ineficácia do negócio jurídico. No primeiro caso acontece a falta de interesse jurídico a legitimar a medida; no segundo, há impossibilidade jurídica de se desconsiderar a pessoa jurídica pela prática de atos que a lei civil não permite sejam anulados ou tidos por ineficazes.

A observação de Haroldo Verçosa é pertinente: "Qualquer que seja o período de tempo transcorrido entre um determinado ato e sua descoberta como consistente em confusão patrimonial, geradora de prejuízos para terceiros em proveito do agente, pode-se fazer a utilização do instituto (da d.p.j.), respeitado tão somente o prazo prescricional"³². Isso é, se não ocorrer a prescrição da pretensão ou a decadência do direito.

17. Reconhecer a extinção de um direito, ainda que ausente prazo previsto em lei, não é novidade no nosso Direito. Assim, por exemplo, o

32 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Falência: desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 39, n. 120, p. 171, out./dez. 2000.

direito potestativo de resolução não tem previsão legislativa, mas é de se admitir que, uma vez prescrito o crédito do contratante-credor, extinto estará o seu direito de pleitear a resolução do contrato: "No Brasil, não há regra legal que fixe prazo de preclusão ou decadência para o direito formativo de resolução, não sofrendo o seu exercício qualquer limitação de natureza temporal. Alguns pontos, no entanto, devem ficar bem claros. Se o direito de resolução não é passível de prescrição, por inconciliável com sua natureza jurídica, nem de preclusão, por ausência de previsão legal, é preciso observar que o direito de crédito pode ter sua pretensão encoberta pela prescrição (prescrição de ação pessoal), persistindo o direito, porém, não mais exigível. Nesse caso, ensina Pontes de Miranda, na sua precisão inexecutável: 'Se o credor não mais podia cobrar, não mais pode pedir a resolução ou a resilição por inadimplemento porque o réu não mais tem obrigação de prestar, embora deva. Não há prescrição; há encobrimento do elemento, inadimplemento, necessário ao suporte fático da resolução ou da resilição'. Portanto, o direito de resolução se extingue por efeito da prescrição da pretensão creditícia"³³.

18. Para verificar quando ocorre essa impossibilidade de d.p.j., em razão da decadência do direito à ação pauliana ou à revocatória, é preciso atentar para as disposições legais que dispõem sobre o prazo decadencial.

Pela lei de falência, o prazo concedido aos legitimados para intentarem a revocatória flui no curso da falência, e corre por um ano da publicação do aviso de realização do ativo (arts. 56, I, e 114 do Decreto-Lei n. 7.661/1945), ou por três, a contar da quebra, segundo a nova lei (art. 132 da Lei n. 11.101/2005).

A lei comum concede o prazo de quatro anos para a iniciativa da ação pauliana, a contar da celebração do negócio.

Assim, os atos que podem ensejar a d.p.j., consistentes em fraude contra os credores, são aqueles passíveis de anulação (Código Civil) ou revogação (Lei de Falências), cujos direitos potestativos precluem quatro anos depois da celebração do negócio jurídico.

Na falência, o administrador e os outros legitimados podem promover a ação revocatória, se agirem dentro do prazo de três anos a partir da

33 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 37.

quebra (Lei n. 11.101/2005), para atingir atos praticados há menos de quatro anos, contado este prazo da data da celebração.

Caracterizada a preclusão do direito potestativo de anulação ou revogação, aqueles atos não podem servir de fundamento para a descon sideração, porquanto “essas certas e determinadas relações obrigacionais” (art. 50 do Código Civil) estão fora do âmbito de impugnação judicial. De igual modo, se o crédito do interessado tem sua pretensão encoberta pela prescrição.

Com isso se está a admitir que a d.p.j. não pode ser deferida, se os atos que ela pretende atingir, que seriam os negócios fraudulentos, datam de mais de quatro anos, prazo que a lei civil concede para o interessado agir contra a fraude.